

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 103/2020, de 5 de febrero de 2020**Sala de lo Social**Rec. n.º 3117/2017***SUMARIO:**

Jubilación. Infracotización de empresa cedente con incidencia en la pensión causada posteriormente. Responsabilidad de la nueva empleadora en orden al pago de la diferencia resultante de computar lo infracotizado. Señala el artículo 168.2 de la LGSS que en los casos de sucesión, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. Como señala la STS de 23 de marzo de 2015, rec. núm. 2057/2014 (NSJ051729), a propósito de si el recargo de prestaciones se transmite en caso de sucesión de empresas, la expresión «causadas» recoge tanto los recargos de prestaciones ya reconocidos antes de la sucesión, como los que se encuentren en fase de reconocimiento (*in fieri*) a la fecha de cambio empresarial, interpretación acorde con la naturaleza de las enfermedades profesionales, muchas de ellas de carácter insidioso y de manifestación tardía. La anterior doctrina, en tanto que otorga un alcance determinado a un precepto general de la LGSS en materia de responsabilidad empresarial en casos de sucesión de empresa, debe aplicarse también a aquellos en que existan incumplimientos de la empresa que ha sido adquirida por fusión y que afecten a los derechos prestacionales de los trabajadores subrogados. Dicho artículo 168.2 no está excluyendo la responsabilidad que correspondería a las empresas que se han transformado estructuralmente, por medio de operaciones de fusión, respecto de las prestaciones que se reconozcan con posterioridad a dicha reestructuración, en tanto que esas situaciones, en sí mismas, ya llevan implícita una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de una empresa a otra, de manera que, no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en las obligaciones de cotización y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella, respecto de todos los derechos y obligaciones que a aquellos les podía corresponder, como en materia de prestaciones de la Seguridad Social. Esta conclusión concuerda con los amplios términos en que el artículo 44.1 del ET se refiere a la subrogación del nuevo empleador en las obligaciones de Seguridad Social.

PRECEPTOS:

RDLeg 8/2015 (TRLGSS), art. 168.2.

RDLeg 2/2015 (TRET), art. 44.1.

PONENTE:*Don Antonio Vicente Sempere Navarro.*

Magistrados:

Don MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Don MARIA LUZ GARCIA PAREDES
Don CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3117/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 103/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 5 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Famur, S.A., representada y defendida por el Letrado Sr. Díaz García, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 7 de junio de 2017, en el recurso de suplicación nº 963/2017, interpuesto frente a la sentencia dictada el 14 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo, en los autos nº 747/2016, seguidos a instancia de D. Inocencio contra dicha recurrente, el Instituto Nacional de Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Carbonar, S.A., Unión Minera del Norte S.A., sobre seguridad social.

Han comparecido en concepto de recurridos el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y defendido por la Letrada Sra. Álvarez Moreno, D. Inocencio, representado y defendido por la Letrada Sra. Guerrero Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 14 de febrero de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Desestimo la demanda formulada por D. Inocencio frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - INSS-, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL - TGSS-, frente a FAMUR SA, frente a CARBONAR S.A. y frente a UNIÓN MINERA DEL NORTE SA, por los motivos expuestos en la fundamentación".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado de lo Social, con la revisión aceptada por la sentencia de suplicación respecto del HP 5º. El resultado de ello es el siguiente:

"1º.- Obra unida a las actuaciones resolución de la Dirección Provincial del INSS- Sección Relaciones Internacionales de fecha de salida 2-09-2016, cuyo contenido íntegro se da aquí por reproducido, en la que se

detalla "01. D. D. Inocencio ha presentado una reclamación previa a la vía jurisdiccional, mediante escrito registrado en esta Dirección Provincial el 07-09- 2016, contra la resolución por la que se denegó el derecho a la pensión de jubilación, que afecta las cuestiones siguientes:-años de edad cumplidos, cómputo de periodos de cotización; de seguro o de residencia, bonificación en la edad de jubilación, determinación de la base reguladora de la pensión, cálculo de la prorrata, cálculo de la pensión. La reclamación debe ser estimada en parte... 02. La solicitud de pensión se presentó ante la institución competente de la seguridad social de POLONIA...según los datos identificativos que constan en dichos formularios, el solicitante nació el NUM000-1954. 03.- El informe de cotización sobre el trabajador, que se encuentra en el expediente administrativo, contiene los datos sobre su actividad laboral, afiliación y cotización que se relacionan a continuación: en la seguridad social de POLONIA - SE DAN AQUÍ POR REPRODUCIDOS EN SU INTEGRIDAD LOS PERIODOS, DÍAS DE COTIZACIÓN Y OBSERVACIONES RELATIVAS A ACTIVIDAD QUE ORIGINA BONIFICACIÓN EN LA EDAD DE JUBILACIÓN Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO...- en la seguridad social ESPAÑOLA- SE DAN AQUÍ POR REPRODUCIDOS EN SU INTEGRIDAD LOS PERIODOS, DÍAS DE COTIZACIÓN Y OBSERVACIONES RELATIVAS A ACTIVIDAD QUE ORIGINA BONIFICACIÓN EN LA EDAD DE JUBILACIÓN Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO...- 04.- La persona interesada tiene derecho a bonificación en la edad de jubilación, por actividad laboral en el ámbito del estatuto minero , según la relación siguiente: en la seguridad social ESPAÑOLA - SE DAN AQUÍ POR REPRODUCIDOS EN SU INTEGRIDAD LOS DÍAS, EL COEFICIENTE APLICADO Y LOS DÍAS DE BONIFICACIÓN CONCEDIDOS...- En sistemas de seguridad EXTRANJEROS POLONIA:- SE DAN AQUÍ POR REPRODUCIDOS, EN SU INTEGRIDAD LOS DÍAS, EL COEFICIENTE APLICADO Y LOS DÍAS DE BONIFICACIÓN CONCEDIDOS- 05.- No constan en él expediente antecedentes de inclusión de la persona interesada en el Régimen Especial de la Minería del Carbón. Los trabajos efectuados en España están incluidos en el régimen general de la seguridad social. La bonificación que le corresponde en este país, se calcula de acuerdo con la escala anexa del Real Decreto 2366/1984 de 26 de diciembre para la categoría de OFICIAL ELÉCTRICO DE ARRANQUE a la que se asigna el coeficiente reductor del 40%. Le indicamos en la hipótesis que los trabajos en España hubiesen estado encuadrados en la minería del carbón, el coeficiente reductor hubiese sido igualmente del 40% en aplicación del Decreto del 8 de febrero de 1973 del Ministerio de Trabajo que regula el Régimen General de la Minería del Carbón, dice en su apartado b) "Coeficiente cero cuarenta...para la categoría de electromecánico de arranque. 06.- El importe de la base reguladora de su pensión, asciende a 809,98 euros. Para efectuar el cálculo, las bases de cotización computadas fueron las realizadas por su empresa al régimen general de la seguridad social, al ser el régimen en el cual estaba encuadrada. Por ello, no puede ser atendida su petición de reflejar, para el cálculo de la base reguladora, las bases normalizadas de la minería del carbón para la categoría de especialista de tajo mecanizado. Categoría que no es la referida en el certificado emitido por su empresa que indica "minero eléctrico de arranque", que por similitud sería la de electromecánico en el arranque. 07.- La proporción a cargo de la Seguridad Social española (prorrata) se estableció en el 26,70%. Para determinarla se computaron 2646 días de cotización acreditados por el trabajador en España, así como los 815 días que le corresponden de bonificación por los trabajos realizados en este país en relación con el límite de 12.958 (35 años y 6 meses)".

2º.- Obra unida a la resolución previamente reseñada como anexo hoja de cálculo.

3º.- Obran unidos a las actuaciones certificadas así identificados y aportados por la parte actora como prueba documental traducidos del Polaco al Español , cuyo contenido se da aquí por íntegramente reproducido; en todo caso, destacar:;1) certificado de fecha 9 de agosto de 1995 de REMAG que especifica "D. Inocencio trabajó bajo contrato en España en la mina ANTISA en el periodo comprendido entre 28.02.94 y 31.07.95, trabajó bajo tierra en la frente de arranque en 1994: 265 jornadas, en 1995: 179 jornadas, el trabajo fue realizado a tiempo completo", 2) certificado fechado en Mieres de 30 de julio de 1995, obra ANTISA, de REMAG, que especifica "que el Sr.' Inocencio empezó a trabajar en la obra en la fecha 1 de noviembre de 1994 y terminó de trabajar en la obra en la fecha de 31 de julio de 1995...en el periodo de su empleo en la obra trabajó bajo tierra en la frente de arranque con la rozadora AM-50"; 3) certificado de 9 de julio de 1999 de REMAG que especifica "que el Sr. Inocencio trabajó bajo contrato en. España en la mina de hulla CARBONAR en el puesto de minero electricista en el periodo desde la fecha de 28 de septiembre de 1995 hasta la fecha de 30 de junio de 1999...el trabajo fue realizado bajo tierra en la perforación de galerías con la rozadora AM-50 a tiempo completo..."; 4) certificado de fecha 2016- 06-21 de FAMUR que especifica "certificamos que D. Inocencio estuvo empleado en REMAG ...y actualmente, después de la fusión de sociedades, FAMUR. S.A. ...trabajó bajo un contrato en, España a tiempo completo, bajo tierra, en un frente de arranque en una mina de hulla en los periodos: desde 21 de octubre de 1992

hasta el 18 de diciembre de 1993, desde el 27 de febrero de 1994 hasta el 31 de julio de 1995, desde el 28 de septiembre de 1995 hasta el 30 de junio de 1999, en el puesto de minero eléctrico" - no consta unido al mismo el documento escrito en polaco-, 5) certificado de 20, de julio de 1999 de REMAG que especifica "... D. Inocencio trabajó bajo contrato en España en una mina de hulla en el puesto de minero electricista en los periodos que a continuación se' especifican: desde la fecha de 21 de octubre de 1992 a 18 de diciembre de 1993, desde la fecha de 27 de febrero de 1994 hasta la fecha de 31 de julio de 1995; desde la fecha de 28 de septiembre de 1995 hasta la fecha de 30 de junio de 1999. Trabajó bajo tierra en el frente de arranque:...El trabajo fue realizado bajo tierra en la perforación de galerías con la rozadora AM-50 a tiempo completo" - no consta unido documento en polaco-; 6) certificado de fecha 18 de diciembre de 1993 en Mieres, Obra ANTISA, que especifica "D. Inocencio ...empezó a trabajar en la obra en la fecha 26 de, octubre de 1992...terminó de trabajar en la obra en la fecha 18 de diciembre de 1993...en el periodo de su empleo en la obra trabajó bajo tierra en la perforación, de galerías con la rozadora AM-50. -/- "- no consta unido documento en polaco-; 7) certificado fechado en Mieres el 31 de octubre de 1994, obra ANTISA, que especifica ".. D. Inocencio empezó a trabajar en la obra en la fecha de 28 de febrero de 1994.. 'terminó de trabajar en la obra en la fecha de 31 de octubre de 1994...en el periodo de su empleo en la obra trabajó bajo tierra en la perforación de galerías con la rozadora AM-50".

4º.- Obra unido a las actuaciones contrato de fecha 15 de septiembre de 1995 en el que una de las partes es REMAG y la otra parte es Sr. Inocencio en el que se 'especifica "La unidad administradora dirige al empleado a trabajar en el terreno de España desde la fecha de 28 de septiembre de 1995 hasta la fecha 30 de junio de 1998 en el puesto de minero electricista en la rozadora AM-50. El lugar de trabajo del empleado lo será en el lugar definido en, el permiso de trabajo otorgado por las autoridades españolas...".

5º.- Obra unida a los folios '389 a 393 de las actuaciones hoja de cálculo de la base reguladora de prestaciones que aporta la parte actora en el plenario y concreta en 1.614,50 C, tomando en cuenta las bases normalizadas de la minería del carbón para la categoría de electromecánico, de primera hasta diciembre de 1995 y de 'especialista de tajo mecanizado a partir de enero de 1996, ambas de la Zona 1".

6º.- Obran unidas a las actuaciones sentencias de: fecha 16 de septiembre de 2016 (Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo), fecha 3 de octubre de 2016 (Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo), fecha 10 de octubre de 2016 (Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo), fecha 2 de diciembre de 2016 (Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo), fecha 27 de noviembre de 2015 (Juzgado de lo Social nº 3 de Zaragoza), cuyo contenido se da aquí por íntegramente reproducido.

7º.- En el año 2011 FAMUR S.A. adquirió la empresa REMAG S.A. dato no controvertido-.

Segundo.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia con fecha 7 de junio de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Inocencio frente a la, sentencia dictada el 14 de febrero de 2017 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo en el pleito promovido por aquel contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, FAMUR S.A., CARBONAR S.A. y Unión .Minera del Norte S.A. (UMINSA), revocamos dicha resolución y, estimamos parcialmente la demanda declarando el derecho del actor a percibir pensión de jubilación en porcentaje del 26,70% de la base reguladora que se fije en ejecución de sentencia conforme a las bases normalizadas de la minería del carbón para la categoría de electromecánico en el arranque y efectos desde el 1 de enero de 2016. Condenamos a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, a la empresa FAMUR SA como responsable directa -y principal del porcentaje de 26,70% sobre la diferencia entre la base reguladora inicialmente reconocida y la que realmente corresponde al actor, con la responsabilidad subsidiaria de UMINSA y CARBONAR S.A. para el caso de insolvencia de FAMUR SA, y al Instituto Nacional de la Seguridad Social al abono anticipado de la referida pensión desde el 1 de enero de 2016".

Tercero.

Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Díaz García, en representación de la empresa Famur, S.A. , mediante escrito de 17 de julio de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social

del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2006 (rec. 578/2005). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 127.2 antigua LGSS, actual 168.2, art. 168 supuestos especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones.

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de 7 de marzo de 2018 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Quinto.

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

Sexto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Términos del debate casacional.*

El origen de este asunto está en la reclamación previa formulada por el trabajador frente a la Resolución del INSS denegando la pensión de jubilación solicitada. En este tercer grado jurisdiccional, sin embargo, ya solo se discute si la empresa cesionaria debe responder de la parte de pensión de jubilación que le corresponde al trabajador, al tener que calcular la misma con los periodos en que la empresa cedente incurrió en infracotización. El asunto es del todo similar a los resueltos por las SSTS 255/2019 de 27 marzo (rec. 2137/2017) y 883/2019 de 19 diciembre (rec. 3276/2017).

1. Hechos y antecedentes relevantes.

Prescindiendo de diversos avatares relatados en los hechos probados de la sentencia de instancia, más arriba reproducidos, la demanda de que trae causa el presente recurso fue presentada por el trabajador jubilado, impugnando la resolución del INSS, por estar disconforme con el importe de la pensión reconocida.

El demandante (nacional polaco) estuvo en alta en el Régimen General de la Seguridad Social mientras prestaba servicios (como minero eléctrico de arranque) para la empresa Remag, en diversos periodos anteriores a junio de 2000. La empresa Remag fue adquirida por FAMUR, SA a principios del año 2011.

Durante el tiempo que desarrolló la referida actividad, la cotización no se realizó al Régimen especial de la Minería del Carbón (REMC) sino al Régimen General de la Seguridad Social (RGSS).

Tras su inicial denegación, a la vista de la reclamación previa presentada, el INSS le reconoce pensión de jubilación (con efectos de 1 de enero de 2016), sobre una base reguladora de 809,98 €, siendo con cargo a la Seguridad Social española el 26,70%, por acreditar 2646 días efectivamente cotizados en España y 815 días de bonificación de edad.

Disconforme con esta solución, el trabajador presenta demanda reclamando una prorrata a cargo de España del 28,27 % sobre una base reguladora que tenga en cuenta la infracotización habida (que cifra en 1614,50 euros). Asimismo pide que las empresas codemandadas (Famur S.A., Carbonar S.A. y Unión Minera del Norte S.A.) sean declaradas corresponsables por infracotización.

2. Sentencias dictadas en el procedimiento.

A) Con fecha 14 de febrero de 2017 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Oviedo dictó su sentencia 88/2017 (autos 747/2016), desestimando la demanda interpuesta por el trabajador frente al INSS, la TGSS y las mercantiles ya citadas.

Respecto del tema de la responsabilidad de las empresas demandadas subraya que a partir de 2008 el INSS puso de manifiesto que diversas empresas estaban mal encuadradas y que no debían estar en el RGSS

sino en el Régimen especial de la Minería del Carbón. Pero la responsabilidad exigida no puede apreciarse puesto que el art. 168.2 LGSS (anterior art. 127.2) establece que el adquirente de una empresa responde de las prestaciones causadas con anterioridad y la pensión de jubilación sobre la que se reclama tiene su hecho causante con posterioridad (noviembre de 2015).

La sentencia advierte que cabe recurso de suplicación frente a la misma, de acuerdo con lo previsto en el art. 191.3.c LRJS.

B) Disconforme con la resolución del Juzgado, el trabajador formula recurso de suplicación. La STSJ Asturias 1453/2017 de 7 de junio (rec. 963/2017) lo estima parcialmente: 1) Remite el importe de la base reguladora a las bases normalizadas de la minería del carbón para la categoría de electromecánico en el arranque; 2) Mantiene como prorratea a cargo de España el 26,70 %; 3) Condena a la empresa Famur S.A. como responsable directa y principal del porcentaje del 26,70% sobre la diferencia entre la base reguladora inicialmente reconocida y la que realmente corresponda al actor; 4) Declara la responsabilidad subsidiaria de Uminsa y Carbonar S.A. para el caso de insolvencia de Famur S.A. 5) Condena al INSS al abono anticipado de la pensión.

Desestima el recurso en cuanto al tipo de coeficiente reductor aplicable pues no ha quedado demostrado que realizase tareas diversas a las propias de su categoría profesional.

Considera existente una responsabilidad por infracotización, pero proporcional a la negativa incidencia que posee el incumplimiento habido en el importe de la pensión.

En lo que ahora interesa, invocando lo resuelto por la propia Sala en ocasiones precedentes, expone que, a la luz de la nueva doctrina de la Sala Cuarta y del TJUE, la referencia legal a la "prestación causada" no puede equivaler a prestaciones reconocidas antes de la transmisión. Citando las SSTs de 22 de abril de 2014 (rec. 837/2014), 23 de marzo de 2015 y 8 de junio 2016 (rec. 1103/2015), considera que la nueva adquirente debe responder de las obligaciones que pudieran corresponder a la anterior. Aunque esa doctrina se ha pronunciado en supuestos de recargo de prestaciones de Seguridad Social, se hace bajo una interpretación global en materia de prestaciones y todo ello, en definitiva, porque el daño que el incumplimiento empresarial generó en su día ya estaba en curso de generación cuando se produjo la sucesión y por ello la sucesora debe responder del mismo.

3. Recurso de casación unificadora.

Con fecha 17 de julio de 2017 el Abogado y representante de FAMUR, SA. interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala, el 13 de noviembre de 2006, en el rcd 578/2005, y citando como precepto legal infringido el art. 127.2 LGSS 1994 (actual art. 168.2 LGSS 2015).

Rechaza que la doctrina sentada en materia de recargo de prestaciones sea trasladable al caso y argumenta que en el momento de la transmisión empresarial (2011) ninguna deuda existía, por lo que mal puede hablarse de subrogación. Por lo tanto, ni la deuda ni la prestación de Seguridad Social preexistían al momento del traspaso, de manera que el propio tenor de la LGSS comporta el error de la sentencia recurrida.

4. Impugnación del recurso.

A) Con fecha 12 de abril de 2018 el recurso es impugnado por la Abogada y representante del trabajador. Alega la falta de identidad entre los supuestos de las sentencias contrastadas, al considerar que en el caso de la sentencia referencial se está ante una falta de alta y cotización. Advierte que en un asunto idéntico y pendiente de resolución (rec. 2137/2017) el Ministerio Fiscal ha emitido Informe favorable a la tesis de la sentencia recurrida.

Además, entiende que, en cuanto a la cuestión de fondo, la doctrina de la sentencia de contraste se ha visto superada por la del TJUE y la propia doctrina de la Sala de este Tribunal, emitida en materia de recargo de prestaciones y que es aplicable al caso.

B) Con fecha 26 de abril de 2018 la Letrada del INSS formaliza escrito de impugnación del recurso, considerando que la doctrina correcta es la que se recoge en la sentencia recurrida, cuya fundamentación reproduce de manera extensa.

5. Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 7 de junio de 2018 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS, considerando que concurre la contradicción.

Entiende que el recurso es improcedente al haber resuelto la sentencia recurrida conforme a los criterios jurisprudenciales más recientes, que vienen a extender la responsabilidad de la empresa sucesora a todos aquellos incumplimientos de la cedente que son previos al momento de la sucesión.

Segundo. Análisis de la contradicción.

Además de constituir una exigencia legal expresa, controlable incluso de oficio a fin de evitar que se desnaturalice este excepcional recurso, la contradicción entre las resoluciones contrastadas ha sido cuestionada por la impugnación al recurso. Eso redobla la necesidad de que debamos examinarla de inmediato, antes de abordar, en su caso, las infracciones normativas denunciadas.

1. El presupuesto del artículo 219.1 LRJS .

El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

La sentencia de contraste es la dictada por esta Sala de lo Social el 13 de noviembre de 2006 (rcud 578/2005). Resuelve un supuesto en el que se exonera al Ayuntamiento, que se había subrogado en todas las relaciones laborales de la Cooperativa en la que prestaba servicios el trabajador, del pago de la pensión de jubilación causada tras la transmisión de empresa, cuando la anterior había incurrido en una falta de alta y cotización del trabajador subrogado y había sido condenada al pago de la prestación por su incumplimiento en las obligaciones de la Seguridad Social respecto del citado trabajador.

La sentencia de contraste exonera de responsabilidad a la Corporación local porque, en aplicación del art. 97.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, precepto que coincide en su redacción con la del artículo 127.2 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, la nueva empresa solo responde solidariamente de las prestaciones causadas antes de la sucesión, lo que no es el caso que resuelve.

3. Consideraciones específicas.

Pese a las observaciones vertidas por quienes han impugnado el recurso, consideramos que entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS. Es irrelevante que en un supuesto los incumplimientos en materia de Seguridad Social sean de falta de alta y cotización, mientras que en el presente son de infracotización.

Lo relevante es que existen esos incumplimientos con trascendencia sobre el derecho prestacional, ora para alcanzar el periodo de carencia, ora para incrementar el importe de la pensión. En ambos casos aparecen incumplimientos en materia de Seguridad Social que son achacables a la empresa cedente; ese anómalo comportamiento repercute desfavorablemente sobre la pensión de jubilación; se discute si la empresa cedente debe responder de la prestación causada, aunque lo sea con posterioridad a la fecha en que tuvo lugar la sucesión.

Dándose las suficientes identidades, lo cierto es que la sentencia recurrida resuelve que la nueva empresa debe asumir la responsabilidad mientras que la de contraste se manifiesta en sentido contrario.

Por esas razones debemos entrar a conocer del motivo de infracción de norma que se ha planteado. Siendo la referencial una sentencia de esta Sala Cuarta y estando basadas las encontradas posiciones procesales en doctrina nuestra parece imprescindible realizar antes una compendiada exposición sobre el alcance de la misma.

Tercero. La responsabilidad por infracotización de la empresa cedente.

Superado el trámite de la contradicción, y dada la similitud del asunto con los resueltos mediante SSTs 255/2019 de 27 marzo (rec. 2137/2017) y 883/2019 de 19 diciembre (rec. 3276/2017), por razones de seguridad

jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, debemos reproducir seguidamente los fundamentos de nuestra respuesta que allí aparecen.

1. Planteamiento del problema.

Como se ha dicho anteriormente, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 127.2 de la LGSS vigente al momento de la solicitud de la pensión (art. 168.2 LGSS 2015), considerando que de su literal interpretación y conforme resuelve la sentencia de contraste, en la sucesión en la titularidad de la industria o negocio solo responde solidariamente el adquirente de las prestaciones causadas con anterioridad a la sucesión. Sostiene que, concurriendo tal situación, no es posible hacerle responsable de la pensión de jubilación en los términos declarados en la sentencia impugnada.

Para un mejor entendimiento de nuestra respuesta, en consecuencia, resulta conveniente recordar el tenor del precepto en cuestión:

"En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes".

Aunque no aparece mencionado a lo largo del debate procesal, recordemos asimismo que el artículo 44.1 ET dispone lo siguiente:

"El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente".

2. Doctrina inicial.

Tiene razón la recurrente al recalcar la contradicción entre la doctrina albergada en la sentencia recurrida y la de esta Sala Cuarta. La sentencia de contraste, siguiendo criterios previos de esta Sala, en orden al art. 127.2 de la LGSS 1994, como los recogidos en las sentencias de 28 de enero de 2004 y 22 de noviembre de 2005, hizo una interpretación literal del precepto reproducido, negando que se extendiera la responsabilidad a la empresa adquirente respecto de prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas con posterioridad a la sucesión empresarial, todo ello sobre la base de que no era posible ilimitar la responsabilidad empresarial en tales casos.

Esta doctrina fue seguida en sentencias posteriores y respecto de otras cuestiones vinculadas a la protección del sistema de Seguridad Social. Así, la sentencia de 18 de julio de 2011 (rcud 2502/2010), partiendo de que la regulación relativa a las obligaciones del empresario adquirente, en sucesión de empresas y respecto de las prestaciones de Seguridad Social, no se recogían en el art. 44 del ET, se dice que "expresamente "sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social" [mismo apartado 3], y es precisamente en este ámbito donde el art. 127.2 LGSS norma que "en los casos de sucesión ... el adquirente responderá solidariamente con el anterior ... de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión", entendiendo que de ello se desprendía que "a) que las prescripciones de ambos preceptos son independientes, aunque complementarias; b) que la responsabilidad prestacional se rige por el art. 127 LGSS y -conforme a tal precepto- la solidaridad únicamente alcanza a las prestaciones causadas antes de la sucesión, pero no así las posteriores que traigan causa en incumplimientos anteriores [SSTS 28/01/04 -rcud 58/03 -; 22/11/05 -rcud 4428/04 -; 13/11/06 -rcud 578/05 -; y 23/012/07 -rcud 2097/05 -];", para continuar señalando que en materia del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, el art. 123 de la LGSS, "proclama la responsabilidad "directa del empresario infractor", de la que deduce el carácter personalísimo y sancionador del recargo, obstativo de que se transmita de la empresa incumplidora a la sucesora", y que, en definitiva, "la responsabilidad que comporta el recargo -cualquiera que sea el momento de su declaración- es intransferible por la vía de la sucesión de empresa".

3. Reorientación en materia de recargo de prestaciones.

La expuesta doctrina en materia de recargo, como bien indica la aquí recurrida, fue rectificada por esta Sala en el sentido de "entender que la consecuencia deducible de las previsiones del art. 123.2 LGSS han de ceder frente a las que se derivan del art. 127.2 LGSS", tal y como decía la sentencia de Pleno, de 23 marzo 2015 (rcud. 2057/2014) y posteriores que la reiteraron. Por tanto, esta doctrina viene a interpretar el alcance del art. 127.2 LGSS en materia de responsabilidades en las prestaciones de la seguridad social por incumplimiento de la empresa, en supuestos de sucesión de empresas.

Más concretamente y en lo que aquí resulta relevante, esta Sala dijo, respecto del art. 127.2 citado, que "la cuestión decisiva que la norma plantea es qué ha de entenderse por la expresión "causadas" que el precepto utiliza. Pues bien, nuestra conclusión es que la misma no debe interpretarse en un sentido formal y alusivo a las prestaciones [...] "reconocidas" [...] con anterioridad a la subrogación, sino al material de "generadas", habida cuenta de que esta conclusión no sólo es la que abona la propia terminología empleada [en todo mandato legislativo ha de presumirse la utilización adecuada de los términos], sino que es la interpretación más razonable cuando de su aplicación al recargo se trata, por cuanto habría de aplicarse a las enfermedades profesionales, y algunas de ellas son tan insidiosas y de manifestación tan tardía como la de autos [asbestosis; o silicosis], por lo que con cualquier otra interpretación se produciría una desprotección para el perjudicado que resultaría difícilmente justificable en términos de política legislativa. De manera que - concluimos- el referido mandato del art. 127.2 LGSS no sólo ha de comprender los recargos de prestaciones que ya se hubiesen reconocido antes de la sucesión [algo obvio], sino que igualmente ha de alcanzar a los que -por estar en curso de generación el daño atribuible a la infracción de la medida de seguridad- se hallasen "in fieri" a la fecha de cambio empresarial".

Dicha doctrina se vincula a supuestos en los que la transmisión ha provocado la desaparición de la empresa adquirida por concurrir supuesto de fusión.

4. Reorientación en materia de infracotización.

La anterior doctrina, en tanto que otorga un alcance determinado a un precepto general de la LGSS en materia de responsabilidad empresarial en casos de sucesión de empresa, para supuestos como el que aquí concurre, debe aplicarse a aquellos en que existan incumplimientos de la empresa que ha sido adquirida por fusión y que afecten a los derechos prestacionales de los trabajadores subrogados. Y ello es lo que sucede en el presente supuesto, en el que la recurrente ha sucedido a la empresa incumplidora, teniendo que asumir todas las consecuencias que le hubieran deparado a la sucedida en el caso de no haber sido fusionada, por virtud del art. 126.2 de la LGSS 1994 (actual art. 167.2 LGSS).

El art. 127.2 de la LGSS, actual 168.2 de la vigente ley, al establecer que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión, no está excluyendo, como bien ha señalado esta Sala, la responsabilidad que correspondería a las empresas que se han transformado estructuralmente, por medio de operaciones de fusión, respecto de las prestaciones que se reconozcan con posterioridad a dicha reestructuración en tanto que esas situaciones, en sí mismas, ya llevan implícita una sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de una empresa a otra (tal y como recordaba nuestra doctrina al referirse a determinados preceptos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, como los arts. 23, 80 y 81), de manera que, no habiendo desaparecido ni extinguido la responsabilidad en que ha incurrido la anterior empresa por sus incumplimientos en las obligaciones de cotización y respecto de las prestaciones que corresponden a los que fueron sus trabajadores, dicha responsabilidad ha pasado a asumirla la nueva empresa, colocándose en la posición de aquella, respecto de todos los derechos y obligaciones que a aquellos les podía corresponder, como en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

Añadamos que esta conclusión concuerda con los amplios términos en que el artículo 44.1 ET se refiere a la subrogación del nuevo empleador en las obligaciones de Seguridad Social.

Cuarto. Resolución.

Por todo lo razonado, de conformidad con el Informe del Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso al haber aplicado la sentencia recurrida la doctrina correcta, que debe ser confirmada.

El art. 235.1 LRJS dispone que la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social. Dentro del

margen cuantitativo allí establecido, y atendiendo los criterios acordados por esta Sala para supuestos como el presente (pluralidad de impugnaciones) debemos fijar en 1.300 euros por cada impugnante la cuantía de esa condena.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el letrado D. Armando Díaz García, en nombre y representación de Famur S.A.

2º) Confirmar la sentencia 1453/2017 de 7 de junio (rec. 963/2017) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el procedimiento iniciado ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo (autos nº 747/2016), seguidos a instancia de D. Inocencio contra dicha recurrente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Carbonar, S.A., Unión Minera del Norte S.A., declarando su firmeza.

3º) Condenar en costas a la empresa recurrente, en la cuantía de 1300 euros a cada una de las partes que ha formulado impugnación al recurso.

4º) Acordar que se dé a las cantidades consignadas y al depósito constituido el destino legalmente previsto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.